

## University of Groningen

### Ondernemingsprocesrecht

Boschma, H.E.; Geerts, P.G.F.A.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2010

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Boschma, H. E., & Geerts, P. G. F. A. (2010). Ondernemingsprocesrecht. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2010-1, 29 - 34.

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

**Ondernemingsprocesrecht****Inleiding**

In deze kroniek bespreken wij een vijftal interessante uitspraken van de Hoge Raad die verschenen zijn na afsluiting van onze vorige kroniek in TCR 2008, p. 28. Voorts zullen wij aandacht besteden aan enkele procesrechtelijke implicaties van een tweetal wetsvoorstellen op het terrein van het ondernemingsrecht.

**HR 26 juni 2009, LJN BD5516, Ondernemingsrecht 2009/118, p. 512 m.nt. Storm en JOR 2009, 192 m.nt.**

**Van Mierlo (Qwest I) en HR 26 juni 2009, LJN BH6537, Ondernemingsrecht 2009/118, p. 512 m.nt. Storm en JOR 2009, 193 m.nt. Van Mierlo (Qwest II)**

*Het enquêterecht bij failliete rechtspersonen.*

Een enquête kan verschillende doeleinden hebben. In zijn beschikking van 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem) heeft de Hoge Raad (met een beroep op de wetsgeschiedenis) die verschillende doeleinden opgesomd:

- sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon;
- opening van zaken;
- vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid;
- preventieve werking.

Dat brengt volgens de Hoge Raad mee dat het de Ondernemingskamer vrijstaat om wanbeleid vast te stellen zonder tevens voorzieningen te treffen, zodat er geen grond is om aan te nemen dat de Ondernemingskamer zich van ieder oordeel zou moeten onthouden indien de rechtspersoon surseance van betaling heeft verkregen of in staat van faillissement is verklaard en sanering of herstel van gezonde verhoudingen niet meer tot de mogelijkheden behoort. Met deze uitspraak heeft de Hoge Raad de mogelijkheden die het enquêterecht in faillissementssituaties biedt, nog eens extra onder de aandacht gebracht.

In Qwest I is een poging gedaan om de Hoge Raad op andere gedachten te brengen; om hem om te laten gaan. Dat is niet gelukt. De centrale stelling van eisers tot cassatie was dat een enquêteprocedure slechts sanering en herstel van gezonde verhoudingen ten doel kan hebben, zodat een enquêteprocedure geen betrekking kan hebben op een failliete rechtspersoon. Dat deze poging – zoals Storm het formuleert – van stonde af aan tot mislukken gedoemd was, wekt geen verwondering. Het middel wordt door de Hoge Raad (met een beroep op nog steeds precies dezelfde wetsgeschiedenis) verworpen.

In de Qwest I-zaak heeft de Hoge Raad tevens beslist dat een verzoek tot het houden van een enquête in beginsel inhoudelijk beoordeeld moet worden, ook indien het een enquêteverzoek bij een failliete rechtspersoon betreft en de verwachting gerechtvaardigd is dat het onderzoek wegens geldgebrek niet uitgevoerd zal kunnen worden (Qwest I, r.o. 3.4.2). Het staat de Ondernemingskamer echter vrij (en dat kan uit oogpunt van proces-economie onder bijzondere omstandigheden de voorkeur ver-

dienen; Qwest II, r.o. 3.3) het verzoek tot het toewijzen van het onderzoek af te wijzen indien haar gebleken is dat er geen geld is voor dat onderzoek.

In Qwest II voegt de Hoge Raad daar nog aan toe dat:

- a. indien de Ondernemingskamer het enquêteverzoek inhoudelijk heeft beoordeeld en een onderzoek heeft bevolen, zij vrij is te beslissen dat dit onderzoek geen doorgang zal vinden, als moet worden aangenomen dat het onderzoek wegens een gebrek aan voldoende middelen niet zal kunnen worden uitgevoerd (r.o. 3.3);
- b. de Ondernemingskamer die beslissing kan nemen zonder terug te komen van haar beslissing dat voldoende gronden bestaan om een onderzoek te bevelen (r.o. 3.3);
- c. het de Ondernemingskamer (met inachtneming van alle omstandigheden van het geval) vrij staat een periode te bepalen waarbinnen zekerheid omtrent de beschikbaarheid van de benodigde gelden moet bestaan en de beëindiging van de procedure daarvan afhankelijk te stellen (r.o. 3.4).

**HR 20 november 2009, LJN BJ7322 (Qwest III)**

*De art. 2:352 BW-procedure is een verzoekschriftprocedure waar- op art. 261 Rv e.v. in beginsel van toepassing zijn. Gezien de aard van de procedure hoeft het verzoek echter niet, zoals art. 278 lid 3 Rv voorschrijft, door een advocaat te worden ingediend. Het verzoek kan ingevolge art. 279 Rv aanstonds worden toegewezen. De rechtspersoon en andere belanghebbenden moeten alleen onder bijzondere omstandigheden worden opgeroepen.*

In deze Qwest-beschikking staat art. 2:352 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) centraal. Ingevolge art. 2:351 lid 1 BW zijn de onderzoekers gerechtigd tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de geënquêteerde rechtspersoon en moeten de bezittingen van de rechtspersoon hun desverlangd worden getoond. Art. 2:352 BW vormt een stok achter de deur voor gevallen waarin het de onderzoekers moeilijk wordt gemaakt de nodige gegevens te verzamelen. In dat geval kunnen zij de voorzitter van de Ondernemingskamer verzoeken om de nodige bevelen te geven (art. 2:352 lid 1 BW). Tot die bevelen kunnen behoren de opdracht tot bijstand van de sterke arm en de last een woning binnen te treden (art. 2:352 lid 2 BW).

De vraag is nu of de art. 2:352 BW-procedure een verzoekschriftprocedure is, waarop art. 261 Rv e.v. van toepassing zijn. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend:

‘op een verzoek als bedoeld in art. 2:352 lid 1 BW [zijn] de bepalingen van de verzoekschriftprocedure van toepassing, vanzelfsprekend voorzover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 261 Rv.)’.

Moet dat verzoek dan zoals art. 278 lid 3 Rv voorschrijft, ook door een advocaat worden ingediend? Nee, dat hoeft volgens de Hoge Raad gezien het ‘eigen karakter’ van de art. 2:352 BW-procedure niet. Dat eigen karakter brengt mee dat de onderzoekers:

‘3.5 (...) zich op een eenvoudige en snelle wijze tot de voorzitter van de ondernemingskamer moeten kunnen wenden ter verkrijging van een dergelijk bevel. De aard van het verzoek tot deze ordemaatregel noopt in het algemeen niet tot een beslissing over geschilpunten en rechtvaardigt een informele procedure, waarin alleen de noodzaak van het bevel in verband met de omvang van de verplichting tot medewerking aan het verschaffen van gegevens eventueel ter discussie kan staan. Uit de wet vloeit derhalve (...) voort dat de verzoekschriftprocedure in dit geval niet verder van toepassing is dan past bij een verzoek tot het geven van een bevel als hier bedoeld.

3.6 Met de aard van deze procedure, die voornamelijk is gericht op het verkrijgen van een voor tenuitvoerlegging vatbare titel ter afdwinging van een rechtstreeks uit de wet voortvloeiende verplichting, valt niet te verenigen dat de onderzoekers zich daarin door een advocaat zouden moeten laten bijstaan.’

De in art. 261 Rv neergelegde ‘escape’ biedt hier dus uitkomst. Weliswaar lijken de woorden ‘voorzover uit de wet niet anders voortvloeit’ op het eerste gezicht erop te duiden dat expliciet moet blijken dat de regels van de verzoekschriftprocedure niet van toepassing zijn, maar algemeen wordt aangenomen dat dit ook impliciet uit de aard van een procedure kan voortvloeien. In de door de Hoge Raad gepropageerde minder geformaliseerde aanpak kunnen wij ons goed vinden. We moeten het niet moeilijker maken dan het is. Dezelfde minder geformaliseerde aanpak dient wat ons betreft ook gevolgd te worden als het bijvoorbeeld gaat om het verzoek van onderzoekers tot verhoging van de onderzoekskosten ex art. 2:350 lid 3 BW.

Een ander punt waarover in cassatie is geklaagd is het feit dat het art. 2:352 BW-verzoek door de Voorzitter van de Ondernemingskamer had moeten worden beoordeeld na oproeping van de verzoekers en/of belanghebbenden ter terechtzitting, althans nadat belanghebbenden gelegenheid hebben gehad zich daarover uit te laten. Ook deze klacht treft geen doel en wordt in r.o. 3.7 door de Hoge Raad verworpen:

‘3.7 De voorzitter van de ondernemingskamer heeft voorts de vrijheid op de voet van art. 279 lid 1 Rv. het verzoek onmiddellijk toe te wijzen als hij van oordeel is dat het verzochte bevel op de wet is gegrond en aanstonds kan worden verleend en hij zal alleen het oproepen van belanghebbenden moeten bevelen als de mogelijkheid bestaat dat het bevel niet of niet geheel dan wel niet op de gevraagde wijze toewijsbaar is in verband met de rechten of belangen van anderen. Daarbij zal, gelet op de aard van het bevel, meestal uitsluitend aan de orde zijn of de rechtspersoon grond kan hebben de door de onderzoeker(s) verlangde medewerking te weigeren. Het bevel is immers in de eerste plaats gericht tot de te onderzoeken rechtspersoon, die de wettelijke verplichting heeft aan het onderzoek medewerking te verlenen. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt alleen dan een verplichting tot oproeping van andere belanghebbenden mee als aannemelijk is dat dezen door het geven van het bevel

rechtstreeks in hun belangen kunnen worden geschaad. Hieruit volgt dat onderdeel 4 wat de in 3.3.2 onder c en d bedoelde klachten betreft, berust op de onjuiste rechtsopvatting dat altijd alle bekende belanghebbenden moeten worden opgeroepen om ter terechtzitting te worden gehoord.

3.8 Het gedeeltelijk slagen van onderdeel 4a kan niet tot cassatie leiden. De voorzitter van de ondernemingskamer heeft de curatoren in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het verzoek van de onderzoekers en aldus in overeenstemming gehandeld met hetgeen hiervoor in 3.7 over de aard en inrichting van de procedure is overwogen. Het door de voorzitter gegeven bevel richt zich alleen tot KPNQwest en haar curatoren en houdt niet meer in dan dat zij hun uit art. 2:351 lid 1, eerste zin, BW voortvloeiende verplichtingen jegens de onderzoekers dienen na te komen, zodat reeds om die reden ook niet valt in te zien welke rechtens relevante belangen van derden – waaromtrent het verzoekschrift in cassatie ook niets concreets aandraagt – hier in het geding zouden kunnen zijn.’

Als wij deze rechtsoverwegingen goed begrijpen, ziet het systeem er als volgt uit. Uitgangspunt is dat op de Voorzitter van de Ondernemingskamer in beginsel geen verplichting rust de rechtspersoon zelf, noch andere belanghebbenden op te roepen. De Hoge Raad wijst er uitdrukkelijk op dat art. 279 Rv de Voorzitter van de Ondernemingskamer de mogelijkheid biedt om het verzoek aanstonds toe te wijzen. Daar gelden geen hoge eisen voor en daartoe kan al vrij snel besloten worden. Indien de Voorzitter van de Ondernemingskamer daarvoor kiest, hoeft niemand opgeroepen te worden. Ook de rechtspersoon zelf (ex art. 995 lid 3 Rv) niet.

Zien wij het goed dan *moet* de Voorzitter van de Ondernemingskamer *de rechtspersoon* alleen dan oproepen indien hij grond kan hebben de door de onderzoeker(s) verlangde medewerking te weigeren. Wanneer dat het geval zou kunnen, zijn zegt de Hoge Raad niet, maar gedacht kan (bijvoorbeeld) worden aan de (vrij uitzonderlijke) omstandigheid dat de door de onderzoekers verzochte informatie in redelijkheid niet kan bijdragen tot hun onderzoek en zij zich door het verzoek tot inzage van die informatie buiten de grenzen van het gelaste onderzoek begeven (zie conclusie A-G Timmerman nr. 3.11).

*Andere belanghebbenden moeten* door de Voorzitter van de Ondernemingskamer alleen dan worden opgeroepen als aannemelijk is dat dezen door het geven van het bevel rechtstreeks in hun belangen kunnen worden geschaad. Zoals de Hoge Raad zelf al aangeeft, zal de situatie waarin andere belanghebbenden opgeroepen moeten worden nog minder vaak voorkomen dan de situatie waarin de rechtspersoon moet worden opgeroepen. Aangezien dat laatste al als een vrij uitzonderlijke situatie moet worden beschouwd, is de situatie waarin andere belanghebbenden opgeroepen moeten worden zo uitzonderlijk, dat wij zo snel in ieder geval geen voorbeeld kunnen bedenken.

**HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 m.nt. J.M.M. Macijer en H.J. Snijders, JOR 2008, 260 m.nt. Y. Borrius (NOM)**

*Toepassing maatstaf van ernstige verwijtbaarheid indien een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend.*

In deze zaak procedeert NOM Investerings- en Ontwikkelingsmaatschappij NV (hierna: NOM) als minderheidsaandeelhouder en schuldeiser van Willemsen Holding BV (hierna: Holding) tegen Willemsen Beheer BV (hierna: Beheer) die meerderheidsaandeelhouder en bestuurder van Holding is. NOM stelt Beheer aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad. Willemsen, die bestuurder is van Beheer, wordt ex art. 2:11 BW als tweedegraadsbestuurder aansprakelijk gesteld. NOM verwijt Beheer onzorgvuldig jegens haar te hebben gehandeld door op eigen houtje surseance van betaling voor Holding aan te vragen, terwijl hiervoor ingevolge de statuten van Holding gelezen in samenhang met een tussen Holding, Beheer en NOM op 31 oktober 2001 gesloten participatie- en aandeelhoudersovereenkomst goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders van Holding was vereist. Van belang is dat dit goedkeuringsvereiste destijds specifiek ten behoeve van NOM in voormelde overeenkomst is opgenomen. In cassatie staan twee belangrijke vragen inzake bestuurdersaansprakelijkheid centraal.

De eerste vraag is of de (volgens vaste rechtspraak geldende) maatstaf van ernstige verwijtbaarheid voor interne aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing is wanneer een individuele aandeelhouder een bestuurder aansprakelijk stelt voor de wijze waarop deze zijn bestuurstaken heeft uitgeoefend. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag, zoals te verwachten was, bevestigend. In dit verband noemen wij het arrest Ontvanger/Roelofsen (HR 8 december 2006, NJ 2006, 659) waarin ons hoogste rechtscollege reeds te kennen gaf dat de maatstaf van ernstige verwijtbaarheid ook geldt voor de externe aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW van een bestuurder jegens schuldeisers van de vennootschap. Als tegen aansprakelijkheidsclaims van echte buitenstaanders al de hoge drempel van ernstige verwijtbaarheid wordt opgeworpen, dan toch ook zeker tegen claims die afkomstig zijn van bij de vennootschap betrokken insiders, zoals individuele aandeelhouders.

De tweede (vervolg)vraag ziet op de beoordeling of de bestuurder inderdaad een ernstig verwijt treft: welke rol speelt daarbij de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder beogen te beschermen? De Hoge Raad trekt hier een parallel met het in 2002 gewezen Berghuizer Papierfabriek-arrest (HR 29 november 2002, NJ 2003, 455). In die zaak stelde Berghuizer Papierfabriek NV haar bestuurder Schwandt aansprakelijk op grond van art. 2:9 BW, omdat hij een deelneming van de vennootschap had verkocht tegen een veel te lage prijs en voor deze verkoop niet de statutair vereiste goedkeuring van de raad van commissarissen had gevraagd. De Hoge Raad oordeelde toen dat het handelen in strijd met statutaire bepalingen die de *rechtspersoon* beogen te beschermen als zwaarwegende omstandigheid moet worden aangemerkt die in beginsel de aansprakelijkheid

van de bestuurder vestigt. Voert de bestuurder echter disculperende feiten en omstandigheden aan, dan dient de rechter deze uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken. In het NOM-arrest trekt de Hoge Raad de in 2002 reeds uitgezette lijn door naar de situatie dat een bestuurder in strijd heeft gehandeld met statutaire bepalingen die een *individuele aandeelhouder* beogen te beschermen. Dit brengt in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover die individuele aandeelhouder mee. In casu hebben Beheer en Willemsen teneinde aansprakelijkheid af te wenden negen specifieke disculperende omstandigheden aangevoerd. Deze zijn door het Hof Leeuwarden ten onrechte niet uitdrukkelijk in zijn oordeel betrokken. Dit vormt reden voor de Hoge Raad om het arrest van het Hof Leeuwarden te vernietigen en het geding ter verdere behandeling en beslissing te verwijzen naar het Hof Arnhem. Het NOM-arrest illustreert het belang voor rechters om in de uitspraak gemotiveerd aan te geven waarom de door de bestuurder aangevoerde feiten en omstandigheden niet voldoende zijn om het vermoeden van ernstige verwijtbaarheid te weerleggen. Het is begrijpelijk dat de Hoge Raad hieraan hecht. De enkele omstandigheid dat een bestuurder in strijd handelt met een statutaire bepaling die beoogt de rechtspersoon of een individuele aandeelhouder te beschermen, brengt immers in beginsel mee dat de bestuurder jegens die (rechts)persoon aansprakelijk is. Deze aansprakelijkheid kan de bestuurder slechts ontlopen door feiten en omstandigheden aan te voeren die het vermoeden van ernstige verwijtbaarheid ontkrachten. De rechter dient dan ook deze feiten en omstandigheden te betrekken bij zijn afweging of er sprake is van ernstige verwijtbaarheid en van deze afweging inzicht te geven aan de bij het proces betrokkenen.

Tot slot brengen wij graag nog onder de aandacht dat in 2009 een fraai proefschrift is verschenen van de hand van mevrouw S.N. de Valk, waarin uitvoerig wordt ingegaan op allerlei interessante kwesties van bestuurdersaansprakelijkheid (S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevendenden naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven, IVO-reeks deel 63, Deventer: Kluwer 2009).

**HR 21 maart 2008, NJ 2008, 297 m.nt. J.M.M. Macijer; JIN 2008, 10 m.nt. E.E.G. Gepken-Jager (Pinakel)**

*Kan een beroep door de vennootschap op onbevoegdheid van de bestuurder vanwege tegenstrijdig belang verjaren ingevolge (analoge toepassing van) art. 3:52 lid 1 aanhef en onder d BW?*

Art. 2:256 BW, dat ziet op de situatie waarin een bestuurder van de vennootschap bij een bepaalde transactie een belang heeft dat tegenstrijdig is met dat van de vennootschap, heeft in de rechtspraktijk al aanleiding gegeven tot tal van vragen waarover tot aan de Hoge Raad is geprocedeerd.

In onze vorige kroniek (TCR 2008, p. 28) hebben wij reeds het Bruil-arrest besproken. In dit arrest heeft de Hoge Raad de reikwijdte van het in art. 2:256 BW opgenomen tegenstrijdigbelangbegrip begrensd door aan te geven dat de belangen van de vennootschap en de bestuurder daadwerkelijk tegenstrijdig dienen te zijn.



In het hierna te bespreken Pinakel-arrest staat onder meer de vraag centraal of een beroep door de vennootschap op onbevoegdheid van de bestuurder vanwege tegenstrijdig belang kan verjaren ingevolge (analoge toepassing van) art. 3:52 lid 1 aanhef en onder d BW? In een ten overvloede gegeven overweging geeft de Hoge Raad te kennen dat indien een bestuurder namens de vennootschap een rechtshandeling heeft verricht, maar vanwege tegenstrijdig belang onbevoegd was om de vennootschap daarbij te vertegenwoordigen, dit ertoe leidt dat de vennootschap in beginsel niet aan de rechtshandeling gebonden is. De rechtshandeling is ten opzichte van de vennootschap als nietig te beschouwen. Er is dan ook geen sprake van een rechtsvordering tot vernietiging welke ingevolge (analogische toepassing van) art. 3:52 BW vatbaar is voor verjaring. De Hoge Raad maakt nog wel het volgende voorbehoud. Onder bijzondere omstandigheden kan het beroep door de vennootschap op art. 2:256 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht, vanwege de ingrijpende gevolgen voor de wederpartij die aan een geslaagd beroep zijn verbonden.

Met het Pinakel-arrest heeft de Hoge Raad weer enkele bouwstenen toegevoegd aan het leerstuk van tegenstrijdig belang. De wetgever heeft intussen ook niet stilgezet. Op 6 november 2008 is het wetsvoorstel bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 2) bij de Tweede Kamer ingediend. Hierin wordt onder meer voorgesteld om de wettelijke regeling van tegenstrijdig belang ingrijpend te herzien. Van belang is dat het wetsvoorstel bestuur en toezicht op 8 december 2009 door de Tweede Kamer met algemene stemmen is aangenomen (Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I 2009/10, 31 763A). Hierna zullen wij op de voorgestelde regeling ingaan.

*Wetsvoorstel bestuur en toezicht (31 763); wijziging van de wettelijke regeling van tegenstrijdig belang*

De huidige in art. 2:146/256 BW neergelegde tegenstrijdig-belangregeling brengt de nodige rechtsonzekerheid met zich mee. Bovendien kan, om verschillende redenen, ook worden getwijfeld aan haar effectiviteit.

In het Wetsvoorstel bestuur en toezicht (hierna: Wetsvoorstel) wordt daarom voorgesteld om de *vertegenwoordigingsregeling* van art. 2:146/256 BW af te schaffen en te vervangen door een *besluitvormingsregeling* (zie art. 129/239 lid 6 Wetsvoorstel). Deze moet voorkomen dat het aan de vertegenwoordiging voorafgaande besluitvormingsproces wordt beïnvloed door een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft (zie voor een uitvoerige bespreking van de voorgestelde regeling: M.L. Lennarts en H.E. Boschma, Blijft het tobben met tegenstrijdig belang?, WPNR 6770 (2008), p. 725-736). In de memorie van toelichting (Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 18) wordt deze nieuwe benadering als volgt gemotiveerd:

‘Een tegenstrijdig belang regeling dient eerst en vooral de vennootschap en degenen die betrokken zijn bij de door de vennootschap in stand gehouden onderneming. Daarbij past dat zo’n regeling ook binnen het vennootschappelijke veld vorm krijgt. De norm is in wezen niet een vertegenwoordi-

gingskwestie, maar, zoals ook uit rechtsoverweging 3.7 van het arrest Bruil blijkt, een gedragsnorm die de besluitvorming door de bestuurder raakt.’

Het vervallen van de bijzondere vertegenwoordigingsregels van art. 2:146/256 BW betekent dat de vennootschap voortaan zowel in als buiten situaties van tegenstrijdig belang wordt vertegenwoordigd door de personen die hiertoe volgens de algemene vertegenwoordigingsregels van art. 2:130/240 BW bevoegd zijn. Het tegenstrijdig belang speelt in beginsel nog slechts een rol in de aan de vertegenwoordiging voorafgaande interne besluitvormingsfase. Het niet naleven van interne besluitvormingsregels kan er weliswaar toe leiden dat het bestuursbesluit nietig is, maar de transactie die ter uitvoering van het nietige besluit namens de vennootschap is aangegaan met een wederpartij blijft in stand. In de systematiek van het wetsvoorstel kan de vennootschap zich dus niet eenvoudigweg aan nakoming van een namens haar verrichte transactie met een wederpartij onttrekken door erop te wijzen dat de tegenstrijdig-belangregeling niet is nageleefd. Dit draagt bij tot een hogere mate van zekerheid in het handelsverkeer, hetgeen voor de (ondernemings)praktijk een verheugende ontwikkeling is.

De voorgestelde regeling zal wel – zo verwachten wij – een zwaardere wissel trekken op het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid. In de interne verhouding tussen de vennootschap en bestuurders zal het tegenstrijdig belang immers nog wel betekenis houden. De besmette bestuurders die onder invloed van het tegenstrijdig belang een voor de vennootschap nadelig bestuursbesluit nemen en uitvoeren, lopen het risico door de vennootschap aansprakelijk te worden gesteld tot vergoeding van de schade die aan haar is toegebracht door de transactie. Hiertoe staat de vennootschap een tweetal rechtsgrondslagen ten dienste: art. 2:9 BW (onbehoorlijke taakvervulling) en art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). In beide gevallen is voor een succesvolle aansprakelijkheidsactie vereist dat de bestuurders een ernstig verwijt treft. Dit vereiste zal in de regel geen probleem vormen. Indien de bestuurder in strijd handelt met de in het Wetsvoorstel neergelegde besluitvormingsregels die de vennootschap beogen te beschermen is, zo kan uit het Berghuizerpapier-arrest (HR 29 november 2002, NJ 2003, 455) worden afgeleid, de ernstige verwijtbaarheid in beginsel gegeven. Er is sprake van een *prima facie* aansprakelijkheid van de bestuurder. Het ligt dan op de weg van de aangesproken bestuurder om feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat zijn handelen in strijd met wettelijke bepalingen geen ernstig verwijt oplevert.

*Wetsvoorstel Flex-BV (31 058); wijziging van de wettelijke geschillenregeling*

Op 31 mei 2007 is een wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2). In dit wetsvoorstel (kortweg ook wel aangeduid als Wetsvoorstel Flex-BV) dat op 15 december 2009 door de Tweede Kamer met algemene stemmen is aangenomen, wordt onder meer voorzien in een ingrijpende wijziging van de geschillenregeling. Voor een goed begrip

van de voorgestelde wijzigingen gaan wij eerst in op de huidige geschillenregeling (art. 2:335-343 BW) en de knelpunten waar-  
toe zij in de praktijk aanleiding geeft.

De geschillenregeling die in 1989 in Boek 2 BW is opge-  
nomen en van toepassing is op zowel bv's als nv's met een besloten  
karakter, biedt twee procedures waarmee een einde kan worden  
gemaakt aan de conflictueuze verhoudingen in de vennootschap.

De eerste betreft de *uitstoting* van een aandeelhouder als  
bedoeld in art. 2:336 BW. Indien een aandeelhouder door zijn  
gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt  
dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid  
niet kan worden geduld, kunnen medeaandeelhouders (met een  
bepaald kapitaalbelang) in rechte afdwingen dat deze aandeel-  
houder zijn aandelen overdraagt.

De tweede (spiegelbeeldige) procedure betreft de *uittre-  
ding* van een aandeelhouder als bedoeld in art. 2:343 BW. De  
aandeelhouder die door gedragingen van zijn medeaandeelhou-  
ders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het  
voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet  
meer van hem kan worden gevergd, kan van die medeaandeel-  
houders in rechte afdwingen dat zijn aandelen worden overge-  
nomen. Deze uittreedvordering biedt met name een uitweg aan  
beknelde minderheidsaandeelhouders.

In de praktijk is de geschillenregeling geen succes gebleken.  
Sinds de invoering ervan in 1989 zijn er naar schatting slechts  
vijftien procedures gevoerd. De hoofdoorzaak van dit matige  
gebruik is gelegen in de lange duur van de geschillenprocedure.  
Zowel voor de uittreedvordering als voor de uitstootvordering  
geldt dat zij in voorkomende gevallen worden voorgelegd aan  
achtereenvolgens de rechtbank (eerste aanleg), Ondernemings-  
kamer (hoger beroep) en Hoge Raad (cassatie), zonder de moge-  
lijkheid van uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring. Een en ander  
kan jaren in beslag nemen. Als men dan uiteindelijk beschikt  
over een onherroepelijk vonnis tot toewijzing van de uitstoot-  
of uittreedvordering, dan is men nog maar halverwege de rit. De  
tweede etappe die dan nog moet worden afgelegd, is de prijsbe-  
paling van de aandelen. Het is aan de rechter, die hierbij wordt  
bijgestaan door één of meer deskundigen, om de prijs vast te  
stellen die voor de aandelen van de uit te stoten respectievelijk  
uit te treden aandeelhouder moet worden betaald. Ook van dit  
vonnis kan vervolgens weer beroep bij de Ondernemingskamer  
en cassatie bij de Hoge Raad worden ingesteld. Pas na het onher-  
roepelijk worden van de rechterlijke uitspraak tot prijsvaststel-  
ling kan de aandelenoverdracht worden afgedwongen. Het zal  
geen verbazing wekken dat hiermee van een effectieve geschil-  
beslechting geen sprake is.

In het wetsvoorstel Flex-BV worden verschillende maatre-  
gelen voorgesteld om te komen tot een *snellere procedure*. Zo  
wordt de mogelijkheid geboden om zowel het vonnis tot toe-  
wijzing van de uitstoot- of uittreedvordering als het vonnis  
waarbij de prijs van de aandelen wordt bepaald, uitvoerbaar bij  
voorraad te laten verklaren. Hiermee wordt voorkomen dat door  
het instellen van rechtsmiddelen vertraging ontstaat.

Voorts kan van het vonnis inzake de toewijzing van de uit-  
stoot-/uittreedvordering in beginsel pas hoger beroep bij de  
Ondernemingskamer worden ingesteld tegelijk met dat van het

vonnis waarbij de prijs van de aandelen wordt vastgesteld  
(art. 339 lid 1 wetsvoorstel Flex-BV).

Een andere vertragende factor die in het wetsvoorstel Flex-  
BV wordt weggenomen, betreft de verplichte deskundigenbe-  
noeming in het kader van de prijsbepaling van de aandelen. De  
rechter kan benoeming van deskundigen achterwege laten  
indien de statuten of een overeenkomst een duidelijke maatstaf  
voor de bepaling van de waarde van de aandelen bevatten en de  
rechter aan de hand daarvan de prijs zonder meer kan vaststellen.  
Hetzelfde geldt indien tussen partijen overeenstemming bestaat  
over de waardering van de aandelen (art. 339 lid 3 wetsvoorstel  
Flex-BV).

Nieuw is ook de spoedprocedure van art. 343c wetsvoorstel  
Flex-BV. Deze kan worden gevolgd indien overeenstemming  
bestaat over de uittreding, maar nog niet over de prijs die moet  
worden betaald voor de aandelen van de uit te treden aandeel-  
houder. Art. 343c wetsvoorstel Flex-BV geeft verschillende  
voorzieningen om tot een snelle, bindende prijsbepaling van de  
aandelen te komen. Het gaat het bestek van deze bijdrage te  
buiten om hier nader op in te gaan (zie hierover C.D.J. Bulten,  
De gewijzigde geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2007,  
p. 367-368).

Naast de lange duur van de huidige geschillenprocedure is  
een nadeel dat de schadevergoedingsvordering die samenhangt  
met het gedrag van de aandeelhouder(s) dat tot de vordering tot  
uitstoting of uittreding heeft geleid, een ander procedureel tra-  
ject volgt. Dit nadeel wordt in het wetsvoorstel Flex-BV onder-  
vangen, doordat met de uitstoting of uittreding *samenhangende*  
(*schadevergoedings*) *vorderingen* voortaan ook bij de geschillen-  
rechter aanhangig kunnen worden gemaakt (art. 336 lid 5 wets-  
voorstel Flex-BV). In plaats van een afzonderlijke schadever-  
goedingsvordering in te stellen, kan – en dat is ook nieuw –  
worden gevorderd dat de rechter bij de prijsbepaling van de aan-  
delen een billijke verhoging toepast indien aannemelijk is dat  
gedragingen van de gedaagde of van derden hebben geleid tot  
een vermindering van de waarde van de aandelen (art. 343 lid 4  
wetsvoorstel Flex-BV).

Een andere vermeldenswaardige noviteit is dat het wets-  
voorstel voorziet in de mogelijkheid dat een aandeelhouder een  
vordering tot uittreding *tegen de bv* instelt op grond van gedra-  
gingen van één of meer medeaandeelhouders of van de vennoot-  
schap zelf (art. 343 lid 1 wetsvoorstel Flex-BV).

Tot slot plaatsen wij nog een tweetal opmerkingen bij het  
toepassingsbereik van de voorgestelde wettelijke geschillenrege-  
ling. Evenals naar huidig recht beperkt deze zich tot bv's en  
besloten nv's. Een verschil is echter dat door het vervallen in het  
wetsvoorstel Flex-BV van de verplichting om in de statuten van  
de bv een blokkeringsregeling op te nemen, ook open bv's  
gebruik kunnen maken van de wettelijke geschillenregeling, ter-  
wijl open nv's dat niet kunnen. In de literatuur is daarom geop-  
perd om de geschillenregeling voortaan open te stellen voor alle  
nv's (R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschil-  
lenregeling, Ondernemingsrecht 2005, p. 429; C.D.J. Bulten,  
De gewijzigde geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2007,  
p. 362). De wetgever heeft hier echter vooralsnog van afgezien,  
omdat het wetsvoorstel Flex-BV geen betrekking heeft op wij-

ziging van het nv-recht. De tweede opmerking betreft de verhouding van de wettelijke geschillenregeling tot een in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst opgenomen regeling inzake geschilbeslechting. Uit art. 337 wetsvoorstel Flex-BV volgt dat de wettelijke geschillenregeling haar subsidiaire karakter behoudt en dat aandeelhouders bij geschillen dus eerst de eigen statutaire of contractuele regeling moeten volgen. Daarbij geldt dat statutaire of contractuele bepalingen die de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maken, buiten toepassing blijven.

*Mr. H.E. Boschma en mr. P.G.F.A. Geerts*